

LAS PRUEBAS, LAS CAUSAS INCIDENTALES, LA PUBLICACIÓN Y LA CONCLUSIÓN DE LA CAUSA EN LA INSTRUCCIÓN *DIGNITAS CONNUBII**

FELICIANO GIL DE LAS HERAS

SUMARIO

I • LA POTESTAD JUDICIAL DELEGADA. II • LA PRUEBA ILÍCITA. III • LA PRUEBA SECRETA. IV • LA PRUEBA EXCESIVA EN TESTIGOS U OTROS MEDIOS. V • EL DERECHO DEL DEFENSOR DEL VÍNCULO Y DE LOS ABOGADOS A ASISTIR AL EXAMEN DE LAS PARTES, DE LOS TESTIGOS Y DE LOS PERITOS. VI • CUANDO EN LA RECOGIDA DE LAS PRUEBAS NO SE PUEDAN OBSERVAR LOS SIGUIENTES ARTÍCULOS. VII • LAS ADVERTENCIAS QUE EL JUEZ DEBE HACER A LOS DECLARANTES ANTES DE EMPEZAR LA DECLARACIÓN. VIII • EN CUANTO AL USO DEL MAGNETÓFONO EN LA DECLARACIÓN. IX • LO QUE EL NOTARIO DEBE HACER CONSTAR EN EL ACTA. X • LAS PERSONAS QUE DEBEN FIRMAR EL ACTA QUE RECOGE LAS DECLARACIONES. XI • LA NECESIDAD DE QUE DECLAREN LAS PARTES. XII • EL CONCEPTO DE CONFESIÓN JUDICIAL EN GENERAL Y CONFESIÓN JUDICIAL EN LAS CAUSAS MATRIMONIALES. XIII • LA PRUEBA DOCUMENTAL. XIV • LOS TESTIGOS. XV • LOS PERITOS. XVI • LAS PRESUNCIONES. XVII • LAS CAUSAS INCIDENTALES. XVIII • LA PUBLICACIÓN DE LOS AUTOS. XIX • LA CONCLUSIÓN DE LA CAUSA. XX • LA DISCUSIÓN DE LA CAUSA.

Éste es el contenido de los Títulos VII al IX de la Instrucción *Dignitas connubii* que se me ha encargado desarrollar en esta Ponencia. Me voy a fijar en aquellos puntos en los que la Instrucción aporta alguna novedad, algún matiz, alguna aclaración a la norma ya establecida o nos ayuda a interpretar correctamente los cánones del Código de 1983 referentes a las causas matrimoniales. Por supuesto, no voy a exponer el de-

* Ponencia leída en el XXIV Curso de Actualización en Derecho Canónico, titulado «La Instrucción *Dignitas connubii* sobre los procesos de nulidad matrimonial», Universidad de Navarra, Pamplona 24-26.X.2005.

sarrollo de cada uno de los temas, entre otras razones porque no sería posible en el tiempo que se me asigna ni tampoco es lo que se me ha pedido. Voy a fijarme en aquello que la Instrucción nos ayuda y nos facilita la consulta y aplicación de las normas del proceso canónico de nulidad matrimonial.

I. LA POTESTAD JUDICIAL DELEGADA

Éste es un punto en el que me voy a detener un poco más, porque creo que actualmente existe alguna confusión o ignorancia.

En el título VII, tratando de las pruebas en general, el art. 155 nos viene a ayudar a disipar esa confusión. Se dice que, al recoger las pruebas, se tengan presentes «las normas que siguen». Se trata, pues, en este artículo de recoger las pruebas y de aquellos jueces que recogen las pruebas una vez que éstas están admitidas.

En el párrafo segundo se enumeran aquellas personas que en este título, se comprenden bajo la denominación de «juez». Y hace la siguiente enumeración: «el presidente del tribunal o el ponente; el juez del tribunal llamado a prestar su colaboración con arreglo al art. 29; el delegado y el auditor de los mismos».

Estos jueces pueden recoger esas pruebas para las cuales se les ha comisionado. Al juez a quien se le pide colaboración se le han señalado las pruebas que ya están admitidas; lo mismo al delegado y al auditor de los mismos. En principio, éstos no tienen potestad para admitir pruebas. Pero la Instrucción en el art. 158,2 admite una excepción según la cual, el auditor, «con arreglo al art. 50,3», puede admitir pruebas, «tan sólo decidir la cuestión referente a la admisión de una prueba eventualmente surgida». Sencillamente, si al recoger las pruebas que se le ha encargado recoger, surge la necesidad de admitir otras pruebas, podría hacerlo, según este artículo. El art. 50, 3 de la Instrucción repite literalmente el párrafo 3 del c. 1428: «Al Auditor corresponde únicamente recoger las pruebas y entregarlas al juez, según el mandato de éste». Y en cuanto a recoger nuevas pruebas, pone una excepción en cuanto que podría recoger nuevas pruebas: «si no se le prohíbe en el mandato, puede provisionalmente decidir qué pruebas han de recogerse y de qué manera, en el caso de que se discutan estas cuestiones mientras desempeña su tarea». La Instruc-

ción viene a decir con más claridad que el auditor, encargado de recoger las pruebas, puede admitir nuevas pruebas si, mientras las está recogiendo, surge eventualmente la necesidad de admitir otras pruebas.

El caso es muy práctico y se da con frecuencia. Al auditor se le ha comisionado para que instruya la causa; durante esta instrucción puede surgir la necesidad de admitir otras pruebas, que pueden ser pedidas por las partes o si el juez ve su necesidad.

La cuestión teórica y práctica que se presenta es ésta. El auditor, si recibe o rechaza estas pruebas que han surgido provisionalmente, ejerce una potestad judicial. Lo que supondría que la potestad judicial se podría delegar. Pero el c. 135,3 dice que la potestad judicial no puede delegarse. Bien es cierto que pone una excepción a continuación cuando dice: «si no es para realizar los actos preparatorios de un decreto o sentencia». Aquí la expresión es muy general y necesitaría ser concretada. La admisión de estas nuevas pruebas en el caso propuesto podría entrar en esta excepción. Así, la Instrucción nos ayudaría a interpretar esta excepción.

En cuanto a la delegación de la potestad judicial, el principio general es claro: no se puede delegar. Pero también está claro que la potestad judicial puede ser delegada. El c. 1428 lo supone al decir que al juez auditor le corresponde recoger las pruebas concretas. De hecho, la Instrucción, en el art. 155,2 habla del juez delegado para recoger las pruebas. Y el c. 135,3 dice que la potestad judicial puede delegarse «para realizar los actos preparatorios de un decreto o sentencia»¹. El c. 1428 expresamente admite esta delegación, cuando dice que «El juez, o el presidente del tribunal colegial, puede designar un auditor para que realice la instrucción de la causa, eligiéndole entre los jueces del tribunal o entre las personas aprobadas por el obispo para esta función». Y más expresamente el c. 1561: «El juez, su delegado o un auditor hacen el examen del testigo».

Ante esta aparente contradicción legislativa, nos viene a traer luz la distinción entre potestad judicial «instructoria» y potestad judicial «decisoria». Es claro que la potestad judicial instructoria puede ser dele-

1. Esta cuestión ha sido muy bien tratada por J. LLOBELL, «La delega della potestà giudiziaria nell'ordinamento canonico», en *Escritos en honor de Javier Hervada, Ius canonicum* (1999), vol. especial, pp. 459-472, con abundante bibliografía sobre este punto.

gada, como acabamos de exponer. La cuestión más complicada estaría en cuanto a la potestad judicial decisoria. Aquí tenemos autores que niegan pueda delegarse la potestad judicial decisoria². No faltan, en cambio³, quienes sostienen que se puede delegar la potestad decisoria por parte de los ordinarios propios y por parte de los ordinarios vicarios.

Sigo la opinión del ilustre Profesor J. Llobell quien sostiene que «los Obispos diocesanos y los equiparados pueden, según la norma del Código, delegar su potestad judicial “decisoria”, bien *ad casum*, bien *ad universitatem causarum*»⁴.

La misma ley concede esta potestad judicial decisoria cuando en el c. 1428,3 dice que «el auditor... puede, si el mandato del juez no lo prohíbe, provisionalmente decidir qué pruebas han de recogerse y de qué manera, en el caso de que se discutan estas cuestiones mientras desempeña su tarea». Debe quedar claro que nos estamos refiriendo a los auditores nombrados concretamente o encargados de la instrucción de la causa *ad casum* (por el juez) o de modo estable (por el Obispo diocesano) «solamente para la instrucción de la causa» (c. 1428,1 y 2), y no a los auditores que forman parte del colegio o tribunal colegiado. Como también habrá que distinguir aquellos auditores que no estarían jurídicamente preparados para ejercer esta potestad judicial decisoria delegada para «decidir qué pruebas han de recogerse y de qué manera, en caso de que se discutan estas cuestiones mientras desempeñan sus tareas» (c. 1428,3).

Resumiendo esta cuestión, diremos que este auditor encargado de recoger las pruebas y que puede «provisionalmente decidir qué pruebas han de recogerse y de qué manera, en el caso de que se discutan estas cuestiones mientras desempeña su tarea» (c. 1428,3), o puede admitir una prueba eventualmente surgida, mientras recoge las pruebas (art. 158,2), tiene potestad judicial delegada instructoria y decisoria según hemos expuesto. Puede decidir el admitir una prueba concreta cuya necesidad ha surgido mientras desarrolla la tarea de recoger las pruebas ya admitidas. Y en este caso tiene potestad judicial decisoria. Será delegada por quien tiene esta potestad o por el mismo derecho.

2. *Ibidem*, n. 11.

3. *Ibidem*, n. 12.

4. *Ibidem*, p. 462.

Y en esta misma situación puede encontrarse el juez a quien acude el tribunal para pedir ayuda «para la instrucción de la causa para hacer intimidaciones judiciales» (c. 1418 y art. 29 de la Instrucción). Este juez se encontrará con casos en los que recogiendo las pruebas que se le han pedido, puede surgir la necesidad de admitir otras pruebas mientras realiza la misión encomendada. Sostenemos que, como el juez auditor, puede decidir el admitir estas pruebas y obraría en virtud de una potestad judicial delegada para esto. Puede estar la delegación contenida en el mismo exhorto en el que se pide esa colaboración. Cuando el juez pide su colaboración para recoger las pruebas se le delega la potestad judicial sobre esa causa y la decisoria para el caso en que surja la necesidad de admitir otras pruebas ocasionalmente. O puede ser una delegación que le concede el mismo derecho.

Siempre debe quedar claro que al tribunal que presta ayuda corresponde sólo el poder decisorio según se concreta en el c. 1428,3, de modo que ningún tribunal a quien se le pide esta ayuda tiene poder de decidir alguna otra controversia mediante decreto o sentencia (cfr. c. 135,3).

Diríamos que en estos casos concretos, la Instrucción, en el art. 158,2 concreta el contenido de los cc. 1428,3 y 135,3, según hemos expuesto. Diríamos que expone con más claridad una cuestión que ya está en el Código.

II. LA PRUEBA ILÍCITA

El c. 1527 del Código solamente dice que «Pueden aportarse cualesquiera pruebas que se consideren útiles para dilucidar la causa y que sean lícitas». Algo más añade la Instrucción en el art. 157.

Puede ocurrir y de hecho ocurre, que una prueba ilícita se ha presentado y hasta ha sido admitida. La Instrucción añade dos matices cuando se expresa en estos términos el art. 57: «Pueden aportarse cualesquiera pruebas que se consideren útiles para dilucidar la causa y que sean lícitas. *Las pruebas ilícitas, así lo sean por sí mismas o por la forma en que han sido obtenidas, no deberán aportarse ni admitirse*». Los dos matices que añade la Instrucción, y que no se contienen al menos expresamente en el canon, son: las pruebas pueden ser ilícitas en sí mismas y pueden serlo por la forma en que han sido obtenidas; si, a pesar de estar mandado que las

pruebas ilícitas no pueden aportarse, se aportan, no deben ser admitidas. Era necesaria esta matización, pues pueden darse casos de pruebas ilícitas presentadas y admitidas. Queda por decir lo que el juez debe hacer en estos casos. La Instrucción no lo dice. Más abajo lo diremos. Pero se debe agradecer lo que la Instrucción ha añadido a lo que dice el canon: que las pruebas ilícitas «*No deberán admitirse*». Y es que, si la prueba llega a ser admitida, surge una complicación, que más abajo vamos a exponer.

El principio de que la prueba ilícita no debe ser aportada ni admitida se fundamenta en el principio moral de que el fin no justifica los medios. Se fundamenta también en la misma naturaleza de la prueba judicial: «*Rei dubiae et controversae per legitima argumenta iudici facta ostensio*»⁵. No todos los medios están permitidos para buscar la verdad judicialmente. En ningún proceso, menos todavía en el eclesiástico, pueden valer todas las pruebas aunque sean ilícitas o inmorales. No se trata de vencer como sea, sino de buscar la verdad con los medios adecuados y lícitos.

En nuestro proceso será ilícita la prueba si no se ajusta a los principios de la moral cristiana aunque no esté prohibida expresamente en la ley. Vale el principio del derecho romano: «*Non omne quod licet, honestum, est*». Así diremos que es prueba ilícita aquella que está prohibida por la ley explícitamente o implícitamente; aquella que atente contra la moral o las buenas costumbres o contra la dignidad y/o la libertad de la persona humana.

Ahora diremos que el juez ante la prueba ilícita tiene dos opciones: la primera no admitirla y, si ha sido admitida, no darle eficacia en el momento de valorar la prueba⁶. Una sentencia apoyada de modo determinante en una prueba ilícita, que no debió ser admitida, al menos puede ser impugnada. O podría pedirse querrela de nulidad sanable (c.

5. F. X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius canonicum*, VI, *De processibus*, Romæ 1927, n. 432.

6. M. LEGA-V. BARTOCETTI, *Commentarium in iudicia ecclesiastica*, II, Romæ 1950, n. 1, p. 628; E. BONNIER, *Tratado de las pruebas en derecho civil*, I, Madrid 1928, n. 64, p. 81; V. SILVA MELERO, *La prueba procesal*, I, Madrid 1963, p. 1944; L. DEL AMO, *Sentencias, casos y cuestiones en la Rota Española*, Pamplona 1977, p. 139; T. GIUSSANI, *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, Città del Vaticano 1977, pp. 74 ss.; B. DE LANVERSIN, «Les techniques médico-biologiques et leur rapports avec les procès canoniques», Z. GROCHOLEWSKI-V. CÁRCEL ORTI (cur.), *Dilexit iustitiam. Studia in honorem Aurelii Card. Sabattani*, Città del Vaticano 1984, pp. 51-62; S. PANIZO, *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Madrid 1999, pp. 426-429 y 433.

1622,5). Se fundaría la sentencia en un acto judicial afectado de una nulidad que no ha quedado subsanado a tenor del c. 1619.

La complicación que surge una vez admitida la prueba ilícita, salta a la vista. El juez ya conoce el contenido de la prueba. Y puede ser que esa prueba ilícita admitida sea importante y hasta determinante para inclinar la parte dispositiva de la sentencia en un sentido o en otro. El juez se encuentra con dos verdades que debe tener en cuenta: que «*la salvación de las almas es la ley suprema de la Iglesia*»; por otra parte, en la Iglesia el *ministerium iustitiae* es un verdadero *ministerium veritatis*. Y en todos los procesos eclesiásticos «La verdad debe ser siempre, desde el principio hasta la sentencia, fundamento, madre y ley de la *justicia*»⁷. No faltan autores que hacen prevalecer el principio de la verdad y se inclinarían a valorar estas pruebas ilícitas en el caso de haber sido admitidas por buscar la verdad⁸. Si el juez aprecia que la prueba ilícita descubre la verdad, ¿cómo va a prescindir de este dato? Siendo el tema tan delicado, será el caso concreto que habrá de resolverlo buscando salvar todos los principios del proceso eclesiástico. Diremos que hubiera sido de utilidad que la Instrucción se hubiese pronunciado sobre ello.

III. LA PRUEBA SECRETA

El c. 1598,1 dice que «en las causas que afectan al bien público, el juez, para evitar peligros gravísimos puede decretar que algún acto no sea manifestado a nadie, teniendo cuidado de que siempre quede a salvo el derecho de defensa». Según el canon, se podría admitir la prueba secreta. Siempre se ha de tener cuidado en salvar el derecho de defensa. Hemos de reconocer que, a veces, no resulta tan fácil conciliar estos dos hechos: admisión de esta prueba secreta y, manteniéndola secreta, respetar el derecho de defensa. Debido a esto, la Instrucción establece otro principio práctico y el art. 157,2 dice que «No se admitan pruebas bajo secreto». Pone una excepción: La «causa grave». Y añade que se debe asegurar a las abogados de las partes «el derecho a que se les comuniquen» estas pruebas.

7. JUAN PABLO II, *Discurso al Tribunal de la Rota Romana*, 4.II.1980, n. 2, en A. LIZARRAGA, *Discurso Pontificios a la Rota Romana*, Pamplona 2001, p. 120.

8. L. PRIETO CASTRO, *Manual de derecho procesal civil*, I, Madrid 1959, p. 285.

En la Instrucción se han tenido presente las consecuencias que encierra la prueba secreta. Por eso, en los artículos 230 y 234 se concreta más. Puede darse el caso de que dar a conocer esta prueba lleve consigo «gravísimos peligros». En cuyo caso, dice el art. 230 que «el juez puede decretar que algún acto no sea manifestado a las partes, teniendo cuidado de que siempre quede a salvo el derecho de defensa». Seguimos en la dificultad: mantener oculta la prueba y dejar a salvo el derecho de defensa. En ayuda, para resolver esta dificultad, la Instrucción ha puesto el art. 234 que dice: «Si el juez estima, para evitar gravísimos peligros, que algún acto no debe manifestarse a las partes, el mismo podrá ser examinado por los abogados, tras jurar o prometer éstos guardar secreto».

Reconociendo la dificultad de este caso, digamos que la Instrucción nos orienta a tratarlo con una discreción y prudencia notables. Como principio, que no se admitan estas pruebas. Si se trata de evitar gravísimos males admitiéndolas, puede admitirlas y hasta decretar que no sea manifestado a las partes. Y, si no se salvase el derecho de defensa, podría permitirse a los abogados que examinen esa prueba exigiéndoles juramento o promesa de guardar secreto. Hemos de reconocer que no será fácil salvar el derecho de defensa si alguna prueba importante no se da a conocer a los abogados. Sobre todo cuando el derecho de defensa exige conocer este acto o esa prueba⁹. Todo depende de la trascendencia que tenga el acto o prueba.

La Instrucción no apoya la solución dada por algunos para estos casos difíciles de no hacer uso de esta prueba o acto al resolver la causa¹⁰. Esta opción traería consecuencias graves como sería el pedir la revisión de la causa y el dar a conocer este acto o prueba, si así lo exigiese. En la Instrucción se ha elegido la opción más justa y segura jurídicamente. Es la postura que mayoritariamente apoya la doctrina como medio de salvaguardar el derecho de defensa¹¹.

9. R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, «Comentario al c. 1598», en Á. MARZOA-J. MIRAS-R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (dirs.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, 2.^a ed., Pamplona 1997, IV/2.

10. J. M. IGLESIAS ALTUNA, *Procesos matrimoniales canónicos*, Madrid 1991, p. 192, nota 119.

11. R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, «Comentario al c. 1598», cit.

IV. LA PRUEBA EXCESIVA EN TESTIGOS U OTROS MEDIOS

También en este punto encontramos matizaciones en la Instrucción. Los jueces ya veníamos poniendo en práctica el no admitir un número excesivo de testigos. El c. 1553 deja al juez el «evitar el número excesivo de testigos». La Instrucción concreta de modo práctico esta cuestión y dice que «El juez evitará un número excesivo de testigos y otros medios de prueba, y no admitirá las pruebas presentadas con fines dilatorios» (art. 157,3). La Instrucción habla del deber del juez de evitar el número excesivo de testigos, cosa que no hace el c. 1553.

Se le dice al juez que evite el número excesivo de testigos, que puede hacerlo advirtiéndolo a los abogados antes de proponer las pruebas o después de propuestas. Y para el caso de que se trate de dilatar el proceso, resueltamente que no las admita. La medida es muy práctica porque se dan los dos casos concretos. En realidad, no es el número de testigos el que forma la prueba plena, sino la calidad de los mismos. El juez, no admitiendo el número excesivo de testigos, no rechaza la prueba sino que no admite el exceso de la prueba y al abogado le viene a decir que limite el número. Contra el decreto del juez no admitiendo el número excesivo de testigos no cabe apelación, no es sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva¹². La Instrucción concretando más este punto viene en ayuda de los jueces para mejor proceder en casos como éste.

V. EL DERECHO DEL DEFENSOR DEL VÍNCULO Y DE LOS ABOGADOS A ASISTIR AL EXAMEN DE LAS PARTES, DE LOS TESTIGOS Y DE LOS PERITOS

En este punto la Instrucción solamente ha puesto una matización. El c. 1678, refiriéndose a las causas matrimoniales, proclama el derecho del defensor del vínculo y los abogados a asistir al examen de las partes, de los testigos y de los peritos. La Instrucción, en cuanto al derecho de los abogados a asistir al examen de las partes, testigos y peritos, matiza que el juez puede impedir o no permitir que asistan cuando «por las circunstancias del asunto y de las personas, estime que debe procederse en forma secreta» (art. 159,1,1.^º).

12. J. NOVAL, *Commentarium Codicis Iuris canonici*, IV, *De processibus*, Pars I, *De iudiciis*, Romae 1920, p. 334, n. 477.

En realidad, esta matización era muy necesaria, pues eran frecuentes los conflictos con los abogados cuando el juez no les permitía asistir a estas declaraciones teniendo el juez motivos razonables para ello. En este punto la Instrucción, con esta limitación, no ha hecho otra cosa que aplicar al proceso matrimonial lo establecido en el c. 1559 para los procesos en general. Según este canon, el juez puede no permitir esta asistencia «cuando estime que debe procederse en forma secreta». La Instrucción viene a ampliar más la facultad del juez para impedir estas asistencias a los abogados y procuradores cuando dice: «por las diversas circunstancias del asunto y de las personas». Tampoco el juez deberá abusar de esta prerrogativa de limitar este derecho.

Se podría plantear la cuestión de si esta limitación del derecho de los abogados debería extenderse también al Defensor del vínculo. Las dos opciones tienen sus defensores¹³. Raro sería el caso en el que viera el juez no justificado que no asista el Defensor del vínculo.

VI. CUANDO EN LA RECOGIDA DE LAS PRUEBAS NO SE PUEDAN OBSERVAR LOS SIGUIENTES ARTÍCULOS

Antes de pasar la Instrucción al capítulo de las pruebas, expone un principio orientador a tener en cuenta, cuando no se puedan cumplir todas las normas de los capítulos siguientes. Se contiene en el número 2 del art. 161: «En toda ocasión, en que en la recogida de las pruebas no sea posible observar los siguientes artículos, se velará siempre porque conste la autenticidad e integridad de las mismas, evitando cualquier tipo de fraude, colusión o corrupción». Este párrafo no cita ningún canon del Código, es nuevo. Y es de utilidad práctica.

Para estos casos, que aunque sean poco frecuentes, pueden darse, está bien la observación: que se procure dejar constancia de la autenticidad e integridad de la norma y que se evite cualquier tipo de fraude, colusión o corrupción. Es como una advertencia ante el peligro que puede darse.

13. G. COMOTTI, «Considerazioni sull'istituto del "defensor vinculi"», en AA.VV., *Studi sul processo matrimoniale*, Padova 1991, p. 109, nota 61; I. ZUANAZZI, «Le parti e l'intervento del terzo nel processo canonico di nullità matrimoniale», en AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994, p. 140.

VII. LAS ADVERTENCIAS QUE EL JUEZ DEBE HACER A LOS DECLARANTES ANTES DE EMPEZAR LA DECLARACIÓN

El c. 1562,1 prescribe que «El juez debe recordar al testigo su obligación grave de decir toda la verdad y sólo la verdad». En el párrafo segundo dice que «El juez ha de pedir juramento al testigo, según el c. 1532; y si el testigo se niega, ha de ser oído sin juramento».

La Instrucción, en el art. 167,1, en cuanto a la obligación de los declarantes de decir la verdad, remite al art. 194 de la misma Instrucción y éste repite la doctrina del c. 1548 en cuanto a los que están exentos de la obligación de responder.

Muy conveniente sería que el juez expusiera a los declarantes las consecuencias que se pueden seguir de no declarar la verdad. Entre ellas, la nulidad de la misma sentencia que declara la nulidad del matrimonio basándose en hechos falsos. Y todo cargaría sobre la conciencia del que no ha declarado la verdad. Se dan casos de testigos que no dijeron la verdad al declarar y después de un tiempo de reflexión, acuden al tribunal queriendo deshacer lo que quizás ya no sea posible, porque se ha complicado todo mucho más.

En cuando al juramento de decir la verdad, la Instrucción exige que se les pida juramento, al menos, de «que es verdad lo que han dicho». Es preferible el juramento antes de declarar. El pedido después de la declaración trae sus complicaciones. El declarante, desde el principio debe saber que está obligado bajo juramento a decir la verdad y sólo la verdad. Si solamente se pidiese el juramento asertorio, se le debe advertir que al final de su declaración se le ha de pedir este juramento. Según el Código de 1917 era obligatorio pedir el juramento promisorio y se dejaba al arbitrio del juez el pedir el asertorio. En la práctica se venía a pedir uno y otro¹⁴.

La Instrucción pone una excepción cuando dice «a no ser que una causa aconseje otra cosa». No se concretan cuáles puede ser estas «causas graves». Pueden darse casos concretos en los que no sería tan necesario el pedir juramento, sobre todo tratándose de personas con garantía plena de credibilidad.

14. F. ROBERTI, *De processibus*, II, Romae 1941, n. 342, pp. 54-56.

También la Instrucción añade un matiz para el caso en el que el declarante se niegue a prestar juramento. El canon dice: «si el testigo se niega, ha de ser oído sin juramento». La Instrucción, en cambio, dice que se le pida promesa de decir la verdad: «deberá prometer decir la verdad». Tiene obligación de pedirle esta promesa y el declarante obligación de prometer. Negarse también a prometer decir la verdad tiene ya un significado para valorar esta declaración.

Y una tercera matización que no aparece en el canon. En el párrafo tercero del art. 167, dice la Instrucción que «El juez puede también pedirles que juren, o en su caso prometan, obligarse a guardar secreto». Pueden darse casos concretos en los que sea hasta necesario pedir este juramento o promesa. En realidad, si lo que se pretende con este juramento o promesa es evitar que un testigo que ha declarado se comuniqué con otro que va a declarar, sería conveniente buscar otros medios. Éste del juramento se presta a que los testigos lo quebranten con relativa facilidad.

VIII. EN CUANTO AL USO DEL MAGNETÓFONO EN LA DECLARACIÓN

Solamente una muy sencilla matización hace la Instrucción. En el art. 173,2. Se emplea la expresión «Se puede admitir el empleo de un magnetófono o de otro instrumento análogo» (art. 173,2). El c. 1567 solamente menciona el magnetófono. El añadido es acertado para los tiempos que vivimos en los que cada día puede surgir cualquier medio de esta índole.

Pero en el art. 175,3 añade más matizaciones que no figuran en el canon. Son las siguientes: «Si se hubiese utilizado el instrumento de que trata el art. 173,2, se redactará un acta que lo atestigüe, provista de las firmas que dispone el párrafo 2. El notario, además, deberá acompañar la grabación con sello de autenticidad y procurar que la misma se conserve de manera segura e íntegra». Es un mínimo de garantizar la autenticidad de una prueba que es especial por el modo como se ha recogido.

IX. LO QUE EL NOTARIO DEBE HACER CONSTAR EN EL ACTA

En cuanto a lo que debe hacer constar el notario, una muy pequeña matización. El c. 1568 prescribe que el notario «debe hacer constar en las actas si prestó juramento el declarante o si éste fue dispensado

o rehusado y también si las partes u otras personas estaban presentes». El art. 174 de la Instrucción añade que se debe dejar constancia también de si el declarante «prestó promesa o si ésta fue dispensada o rehusada; de si estaban presentes el defensor del vínculo y los abogados». Son dos menciones en correspondencia con lo pedido en el art. 167 sobre la obligación de prestar promesa en caso de no prestar juramento. La de consignar si han asistido los abogados y el defensor del vínculo es también congruente con el hecho de su asistencia a las declaraciones. Concreta la Instrucción lo que de modo general, sin concretar, dice el canon.

Es de interés consignar la presencia de los abogados para que más tarde no se venga impugnando la declaración por existir irregularidades. Tuvieron tiempo de hacerlo. Así, la reclamación posterior no sería muy digna de tenerse en cuenta. El consignar la presencia de las personas que asistieron a las declaraciones tiene también su importancia porque podría darse que asistieran las partes sin tener derecho a ello, y sin poder asistir. Todas estas circunstancias pueden ayudar a valorar el testimonio.

Aun cuando el canon diga que el notario «debe consignar (...) todo aquello que haya sucedido durante el interrogatorio de los testigos y que merezca recordarse», la Instrucción no ha entrado a concretar lo que se debe entender en la expresión «todo aquello que haya sucedido durante el interrogatorio y que merezca consignarse». Por supuesto que se deberá entender aquello que sea objetivo y que merezca ser consignado para mejor valorar toda la prueba. Quizás hubiera sido conveniente haber concretado aquello que no se debe consignar, porque puede ser sólo impresión que ha recibido el juez. Ya en la elaboración del Código actual, en la confección de este canon se sugirió que la norma «mandase al juez que diese su apreciación sobre el testimonio según los elementos que se contienen en el c. 219 (que trataba sobre la valoración de los testimonios) y todas aquellas circunstancias que pusieran ser útiles»¹⁵. Entonces se contestó que «esta proposición no podía ser admitida porque los ánimos de los otros jueces podían quedar condicionados por consideraciones quizás subjetivas»¹⁶.

Lo cierto es que, a veces, nos encontramos con estas apreciaciones que hace el juez que instruye la causa y que, cuando son meras aprecia-

15. *Communicationes*, 11 (1979), p. 117.

16. *Ibidem*.

ciones no deberían ser consignadas por el influjo que pueden tener en los jueces que han de valorar las pruebas y redactar la sentencia. Estimo que hubiera sido de utilidad haber concretado este punto en este sentido. En la Instrucción se ha preferido no matizar más lo que ya dice el canon.

X. LAS PERSONAS QUE DEBEN FIRMAR EL ACTA QUE RECOGE LAS DECLARACIONES

En cuanto a las personas que deben firmar el acta, la Instrucción añade, a lo que dice el canon, algo que realmente es útil consignarlo.

El c. 1569,2 enumera las personas que deben firmar el acta: «el testigo, el juez y el notario». No menciona más personas. En cambio, la Instrucción en el artículo cita también al «defensor del vínculo y, si hubiesen estado presentes, el promotor de justicia y los abogados» (art. 175,2). Ya hemos indicado la utilidad de consignar todas las personas que han asistido a la declaración.

Es verdad que no son necesarias para la validez del acta las firmas del defensor del vínculo, promotor de justicia y abogados. Pero en la Instrucción se pide, y hay razones valiosas para pedir, que en el acta firmen también estas personas si han asistido al examen del testigo. Y esto a pesar de que ya al principio el notario habrá consignado su presencia. La firma también viene a significar la conformidad con todo lo que contiene el acta.

XI. LA NECESIDAD DE QUE DECLAREN LAS PARTES

El art. 177 de la Instrucción establece un principio general que no se contiene expresamente en el c. 1530. La Instrucción viene a poner en el juez una obligación de interrogar a las partes: «Para mejor descubrir la verdad, el juez procurará interrogar a las partes». El c. 1530 establece el principio de que el juez «puede interrogar a las partes en cualquier momento, e incluso debe hacerlo a instancia de parte o para probar un hecho que interesa públicamente dejar fuera de toda duda».

Consideramos acertado el principio establecido en este artículo. La importancia de la declaración de las partes es muy notable. Propia-

mente hablando, las declaraciones de las partes no son prueba¹⁷. Pero el nuevo Código las ha puesto en el mismo título que las pruebas. En realidad, es el mismo canon el que dice que estas declaraciones sirven para «mejor descubrir la verdad». Según la Instrucción, pues, el juez debe oír a las partes.

XII. EL CONCEPTO DE CONFESIÓN JUDICIAL EN GENERAL Y CONFESIÓN JUDICIAL EN LAS CAUSAS MATRIMONIALES

Aquí hemos de reconocer que en la Instrucción se han precisado unos conceptos que era necesario dejar bien claros. Había cierta confusión en lo que se debe entender por confesión judicial.

La Instrucción, en el art. 179,2, define con toda precisión lo que se debe entender por confesión judicial en las causas matrimoniales, cosa que no se hace en el Código. La definición es ésta: «En las causas de nulidad de matrimonio se llama confesión judicial la declaración escrita u oral con la que una parte afirma ante el juez competente, tanto espontáneamente como a preguntas del juez, un hecho suyo propio contrario a la validez del matrimonio».

Frente al concepto general de confesión judicial según el c. 1535, es muy conveniente precisar lo que entendemos por confesión judicial en las causas matrimoniales. Si en el concepto general de confesión judicial lo esencial es que la afirmación hecha por una de las partes sea sobre la materia del juicio y contra sí misma; en cambio, lo específico de la confesión judicial en las causas de nulidad de matrimonio es declarar «un hecho propio contrario a la validez del matrimonio». Así debe quedar clara la distinción entre «confesión judicial» y «declaración judicial».

No cabe duda que hay confusión entre lo que se debe entender por la expresión «judicial» y es necesario precisar conceptos porque los principios que se siguen de la confesión judicial son distintos según lo que se entienda por confesión judicial¹⁸. Así se explica el principio jurídico en

17. L. CHAPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico; comentario giuridico-pastorale*, II, Napoli 1988, n. 4878, p. 636.

18. Sobre esta cuestión puede verse el libro del prestigioso procesalista L. DEL AMO, *Interrogatorio y confesiones en los juicios matrimoniales*, Pamplona 1973. Teniendo en cuenta que el libro está escrito cuando tenía vigencia el Código anterior.

cuanto a la eficacia de la confesión judicial del c. 1536: «puede tener fuerza probatoria que habrá de valorar el juez juntamente con las demás circunstancias de la causa, pero no se les puede atribuir fuerza de prueba plena, a no ser que otros elementos la corroboren totalmente».

Lo que ha dicho la parte en contra de la validez del matrimonio no se puede tener como prueba plena, pero sí como prueba. A veces, las partes dicen la verdad aunque estén interesadas en ella. El Legislador tiene en cuenta esta realidad. No puede rechazarse lo declarado por la parte interesada por el mero hecho de estar interesada en dar esta versión de los hechos. Es verdad que el juez debe hacer verdaderos equilibrios al valorar esta prueba, pero vale la pena en busca de la verdad en materia tan delicada.

XIII. LA PRUEBA DOCUMENTAL

Aquí podemos comentar varios artículos cuyo contenido no está expresado en el Código. En este campo teníamos varios puntos que necesitaban ser concretados por la autoridad competente. Veníamos aplicando lo que enseñaba la doctrina y la Jurisprudencia Rotal.

a) Partiendo de lo que se debe entender por documento público y documento privado eclesiásticos, según el c. 1540, desciende la Instrucción al caso en el que el notario ha autenticado un documento privado. El art. 185,2 prescribe que esta autenticación, siendo pública, no hace público al documento privado: «La autenticación de un documento privado por un notario con arreglo a las disposiciones legales es propiamente pública, pero el documento en sí sigue siendo privado». Convenía sentar doctrina firme en este punto porque podía prestarse a confusión y tener como público un documento privado, al estar autenticado y ser este hecho un acto público¹⁹.

b) Otro punto sobre el que convenía dar doctrina firme es el que se origina cuando se forma la prueba preconstituida. Se llama prueba preconstituida a aquella prueba que intencionadamente ha sido preparada para contar en su día con una prueba.

19. C. DE DIEGO-LORA, «La apreciación de las pruebas de documentos y confesión judicial en el proceso de nulidad de matrimonio», en *Ius canonicum*, 7 (1967), p. 543.

La Instrucción ha descendido aquí a casos muy concretos y muy prácticos. También aquí seguíamos las orientaciones dadas por la Jurisprudencia y la doctrina. La Instrucción menciona el caso concreto de un documento «expresamente predispuesto con vistas a probar la nulidad del matrimonio». De este documento dice el art. 185,3 que «debe atribuírsele valor probatorio de documento privado». Y no tiene carácter de documento público aun cuando «haya sido depositado ante notario». Consideramos de utilidad esta precisión, ya que el hecho de haber sido depositado ante notario podría ser considerado como de un valor probatorio especial. Cuando el notario sólo da fe de que aquel documento se presentó en la notaría en la fecha de la que da fe el notario.

La Instrucción no dice qué valor probatorio tiene, sino solamente que tiene valor probatorio. Será el juez el que, valorando toda la prueba con las circunstancias, verá el valor probatorio del documento. A pesar de la sospecha que puede levantar la prueba preconstituida, hay que reconocer que, a veces, puede reflejar una realidad objetiva y entonces puede tener valor de prueba. A tener en cuenta que no es documento público por el hecho de haber sido depositado ante notario.

La prueba preconstituida puede tener diversas variedades: testigos, declaraciones, actas notariales, informes detectives, manifestaciones escritas, cartas, etc.²⁰. Es una prueba que debe ser examinada con sumo cuidado porque tiene una intencionalidad de prueba preparada para si es conveniente utilizarla llegado el momento. Su valor puede tener diversas direcciones. Original fue la prueba presentada por aquellos esposos que presentaron los anillos nupciales con esta inscripción: «Hasta que desaparezca el amor». El valor de esta prueba dependerá de la fecha en que se hizo grabar esta frase. Y, si esto no se demuestra, su valor estará muy sometido a seria y objetiva sospecha.

c) También descende la Instrucción a las cartas que se han enviado los novios o los esposos en época no sospechosa. Y también convenía que un organismo competente se pronunciase sobre este punto. El art. 186 dice que «entre los documentos privados de no poco valor pueden in-

20. Sobre estas pruebas y su valor puede cfr. L. DEL AMO, *Valoración de los testimonios en el proceso canónico*, Salamanca 1969, pp. 94, 154, 182, 185, 187 y 206; S. VILLEGIANTE, «De chartulis et declarationibus contra valorem matrimonii praeparatis», en *Monitor Ecclesiasticus*, (1962), pp. 563 ss.

cluirse las cartas que bien los prometidos antes del matrimonio, bien los cónyuges después, pero en época no sospechosa, se hubieran intercambiado o hubieran enviado a otros, siempre y cuando consten de forma evidente su autenticidad y la época en que fueron escritas» (art. 186,1).

También es aquí el juez el que debe concretar la fuerza de prueba de estas cartas valorando toda la prueba. Pero es fundamental constatar la época en que fueron escritas y su autenticidad. Este punto lo viene a concretar la Instrucción en el párrafo 2 del mismo artículo: «El peso probatorio de las cartas, al igual que el de los demás documentos privados, ha de valorarse teniendo en cuenta las circunstancias, y especialmente la época en la que fueron redactadas» (art. 186,2).

Desciende la Instrucción al valor que se debe dar a los documentos anónimos: «A las cartas denominadas anónimas y a los demás documentos anónimos de cualquier tipo no puede atribuírseles en sí ni siquiera valor de indicio, a no ser que refieran hechos que puedan comprobarse recurriendo a otras fuentes» (art. 188). En principio, el anónimo no debe ser considerado como prueba. Puede tener su valor cuando coincide con la prueba firme.

El documento anónimo, en principio, no hay fundamento para atribuirle eficacia de prueba porque nadie se responsabiliza en lo que dice. Pero tampoco se ha de excluir totalmente algún valor cuando coincide su contenido con lo afirmado por otras pruebas que constan en los autos. Siendo verdad el contenido del anónimo, el autor puede ocultar su identificación por motivos lógicos. Por eso, el criterio dado en la Instrucción es prudente.

Algo también añade la Instrucción en cuanto a las copias sin originales. El c. 1544 dice expresamente que «Los documentos carecen de fuerza probatoria en el juicio si no se presenta su original o copia auténtica, y se depositan en la cancellería del tribunal para que puedan ser examinados por el juez, y por el adversario». La Instrucción concreta más este último inciso diciendo «para que puedan ser examinados por el juez, el defensor del vínculo y por las partes y sus abogados» (art. 190).

Es justa la matización concretando que pueden ser examinados por estas personas. Concretamente, el examen que pueda hacer del documento la otra parte es fundamental en algunos casos pues ella puede dar detalles del documento que, quizás desconozcan otras personas.

XIV. LOS TESTIGOS

Muy pocas matizaciones encontramos en este punto que no consten en el Código. Advierte el art. 196,2 que se procure no nombrar abogados o procuradores o representantes en la causa a personas que pudieran ser muy útiles como testigos. Es una medida bien práctica. Pueden ser personas, como testigos, insustituibles y, en cambio, como abogados o procuradores pueden ser sustituidos por otros.

El art. 201 enumera los aspectos que debe tener en cuenta el juez al valorar los testimonios, según enumera el mismo c. 1572. Pero la Instrucción añade uno que no está en el canon y que es muy importante tener en cuenta para valorar correctamente los testimonios. El juez debe tener en consideración «en qué momento concreto ha tenido conocimiento de lo que refiere el testigo, y sobre todo si ha tenido lugar en época no sospechosa, es decir, cuando las partes aún no pensaban introducir la causa» (art. 201,3).

La advertencia es de suma importancia pues según haya tenido conocimiento en tiempo sospechoso o fuera de él, tendrá un valor eficaz el testimonio o no lo tendrá²¹. Y es muy necesaria esta advertencia porque se advierte en las declaraciones de las partes y testigos que no concretan estas circunstancias siendo tan decisivas para valorar adecuadamente las pruebas. La Jurisprudencia Rotal viene insistiendo en esto mismo, pero hemos confesar sinceramente que, en muchos casos, no se viene cumpliendo por los tribunales inferiores²². La Instrucción ha puesto en el artículo la doctrina de la Jurisprudencia Rotal.

21. Queremos citar como libro de consulta sobre la prueba en general y de cada una en particular, la obra de L. DEL AMO, *La clave probatoria en los procesos matrimoniales*, Pamplona 1978.

22. «No son suficientes las meras afirmaciones de los testigos, que ellos vieron u oyeron esto o aquello contra la prole y la fidelidad, es necesario que añadan en qué tiempo lo oyeron, en qué lugar, a qué persona, en qué contexto, si jocosamente o en serio. De lo contrario, la declaración es deficiente porque faltan los elementos con cuya ayuda debió verificarse la declaración», c. LANVERSIN, «sent., 30.VI.1991», en *Monitor Ecclesiasticus*, 117 (1992), p. 55.

«La simple afirmación de los testigos de haber visto esto o aquello contra la procreación o la fidelidad no es suficiente. Es necesario que se añada cuándo, de quién, en qué contexto lo oyeron, si lo dijo seria o jocosamente. De lo contrario, la declaración es deficiente porque faltan los elementos que la permiten verificar», c. GIANNECCHINI, «sent., 19.XI.1982», en *ARRT*, 74 (1982), p. 540. Cfr. L. DEL AMO, *Valoración de los testimonios*, Salamanca 1969, p. 124.

XV. LOS PERITOS

Hemos de reconocer que la Instrucción en el apartado sobre los peritos es quizás donde aporte un mayor número de matices, novedades u observaciones que no se contienen en el Código.

El art. 203,2 suprime una palabra que trae el c. 1574. Éste dice que en las demás causas (que no son por impotencia o por enfermedad mental) se ha de acudir al perito siempre que «por prescripción del derecho o del juez, se requiera su estudio y dictamen». El artículo suprime la expresión «por prescripción del derecho» y sólo se queda con la de «por prescripción del juez». En realidad, en las causas matrimoniales en las que no se trate de impotencia o de enfermedad mental, el derecho no tiene una prescripción especial. No hay por qué mencionarlo.

En el art. 204 introduce la Instrucción una modificación que tiene su importancia. El c. 1575 dice que «corresponde al juez nombrar a los peritos, después de oír a las partes o a propuesta de ellas». El art. 204 suprime lo de «después de oír a las partes o a propuesta de ellas». Solamente dice que «corresponde al presidente o al ponente nombrar a los peritos».

Tratándose de las causas matrimoniales, considero un acierto esta supresión. Los abogados o las partes pueden tener interés en que se nombre un perito concreto y esto puede llevar consigo el obtener un beneficio. Nombrar el perito según haya dicho la parte sería muy expuesto a la parcialidad. Personalmente he tenido casos en las que el abogado pidió el nombramiento de un perito concreto. Y no me pareció correcto nombrarlo ante esta petición. Las razones alegadas no eran suficientes.

En lo referente al párrafo segundo del artículo, que tampoco viene expresamente en el canon, es muy necesario: «El nombramiento del perito debe comunicarse a las partes y al defensor del vínculo». Esta comunicación puede tener suma importancia porque una de las partes puede tener alguna excepción que poner contra ese perito. Y el no tener en cuenta este aspecto puede hasta cambiar el sentido de la sentencia.

El art. 204 contiene una doctrina que no aparece expresamente en los cánones respectivos. Establece normas prácticas en orden a elegir los peritos. Criterios orientadores muy acertados: «Para el cargo de perito

han de escogerse personas que no posean tan sólo una capacitación profesional, sino que sean también relevantes por su ciencia y experiencia profesional y gocen de buen predicamento por religiosidad y honradez».

Los criterios para elegir el perito son capacitación profesional; ciencia y experiencia; religiosidad y honradez. Y en el párrafo segundo se añade otro criterio para las causas del c. 1095: «Peritos que se adhieran a los principios de la antropología cristiana». Todos los jueces sabemos a dónde nos pueden llevar peritos que profesen otras antropologías distintas a la cristiana.

La Instrucción no se pronuncia sobre el preferir un psiquiatra a un psicólogo. Tampoco hoy la Jurisprudencia Rotal manifiesta la preferencia de unos sobre otros. Independientemente de lo que se haya preferido en otros tiempos pasados, hemos de reconocer que hoy, en las sentencias rotales «se evidencia igual relevancia de cada una de estas disciplinas y, por consiguiente, también de los peritos “in re psicologica et vel psichiastica”»²³. Hoy podemos decir que se ha consolidado el acudir a la ciencia psicológica²⁴.

El art. 207,3 añade un inciso al c. 1577,3. El canon dice que «Después de oír al perito, el juez le fijará un plazo dentro del cual tendrá que efectuar su estudio y presentar el dictamen». El artículo añade: «evitando que la causa sufra inútiles dilaciones».

También aquí tenemos experiencia los jueces de los retrasos que, a veces, sufre una causa por el tiempo que tarda el perito en entregar el informe. Quizás sea también debido a que los jueces acudimos a los mismos peritos, que tienen excesivo trabajo. Ante esta realidad, estimo muy conveniente el que se señale un plazo al perito. Y, si éste no puede comprometerse a entregar el informe en este plazo señalado, el juez debería acudir a otro perito.

El contenido del art. 208 contiene normativa que no ha descendido el Legislador a concretar en el Código. Y así, dice que «en las cau-

23. A. STANKIEWICZ, «Breve nota sulla legittimità dell'applicazione della Scienza psichiatrica e psicologica nelle cause di nullità matrimoniale per incapacità psichica nell'accezione giurisprudenziale», en *Periodica*, 85 (1996), pp. 70-72, citando abundantes sentencias rotales. F. GIL DE LAS HERAS, «Los informes periciales en las causas matrimoniales», en AA.VV., *Escritos en honor de Javier Hervada...*, cit., pp. 855-869.

24. *Ibidem*, 74.

sas sobre impotencia, el juez preguntará al perito cuál es la naturaleza de la impotencia, si ésta es absoluta o relativa, anterior o sucesiva al matrimonio, perpetua o temporal y, si puede curarse, con qué medios».

Son puntos todos ellos que se deben pedir al perito en estas causas de impotencia pues de la respuesta objetiva a estos puntos depende que se declare nulo el matrimonio o se tenga que decir que no consta la nulidad. Se viene haciendo, pero, a veces, no se hace. Muy acertado este artículo. A veces, no se hacen interrogatorios acertados al perito y la pericia no ayuda al juez en la forma debida.

Y algo semejante hace la Instrucción en cuanto a las causas del c. 1095. Se enumeran los puntos que no deben faltar en el interrogatorio que se le hace al perito: «En las causas sobre incapacidad, con arreglo al c. 1095, no omitirá el juez preguntar al perito si una o ambas partes, en la época del matrimonio, se encontraban afectados por alguna peculiar anomalía habitual o transitoria; cuál era la gravedad de la misma; cuándo, por qué causa y en qué circunstancias dicha anomalía se originó y se manifestó» (art. 209,1).

Son preguntas elementales que no siempre se ponen en algunos interrogatorios, y no pueden faltar. Aquí se han visto interrogatorios muy confusos y sin atender a lo esencial.

Y en el párrafo segundo del mismo canon concreta más datos que se le deben pedir al perito. También aquí tenemos confusión sobre la línea que no puede traspasar el perito por estar fuera de su competencia. La Instrucción viene a poner en claro estos puntos. Concreta preguntas específicas para el caso de falta de uso de razón del c. 1095,1; sobre la falta de discreción de juicio del número segundo del mismo canon y sobre la incapacidad del número tercero. Así, en cuanto a la falta del suficiente uso de razón se le preguntará: «si la anomalía perturbó gravemente el uso de razón en la época del matrimonio; con qué intensidad y a través de qué síntomas se manifestó».

Se ha discutido este punto. Hay quienes piensan que llegar a concretar el perito esto, sería ya prácticamente declarar que consta la nulidad. Si el juez no la decreta, estaría en contra de la opinión del técnico. Por eso, piensan que sería más acertado limitarse el perito a decir de qué modo afectan estas anomalías, con estas características, al uso de razón.

En todo caso, si se admite que el perito puede pronunciarse sobre el modo como influye la anomalía en el caso concreto de la causa, estaría bien que indicase en qué hechos se apoya para dar este juicio, y en qué hechos que consten en los autos.

En cuanto a las causas sobre la falta de discreción de juicio, el art. 209, párrafo segundo, número 2, dice que el juez preguntará al perito «cuál fue la influencia de la anomalía en la facultad crítica y electiva en relación con decisiones graves, particularmente en lo que respecta a la libre elección de estado de vida». Por consiguiente, se le pide que se pronuncie sobre el modo como ha influido la anomalía en el caso concreto. Ponemos la misma advertencia que en el caso anterior.

De modo semejante en cuanto a la incapacidad: «Preguntará al perito cuál es la naturaleza y gravedad de la causa psíquica que provoca en la parte no sólo una dificultad grave, sino incluso la imposibilidad de hacer frente a las funciones inherentes a las obligaciones matrimoniales» (art. 209,2,3).

También aquí se le viene a pedir al perito que se pronuncie sobre el influjo producido por la anomalía en la capacidad del contrayente, y que concrete si se trata de dificultad grave o de imposibilidad de hacer frente a las funciones inherentes a las obligaciones esenciales del matrimonio. Ponemos el mismo reparo.

Y después de todo esto, es cuando la Instrucción le dice al perito que «evitará emitir juicios que excedan los límites de su cometido y que corresponde al juez». Ciertamente, no podrá pronunciarse sobre la validez o nulidad del matrimonio. Tampoco podrá pronunciarse sobre la nulidad del consentimiento matrimonial²⁵. También le dice que «ha de res-

25. «Al perito no se le deben nunca poner preguntas sobre la valoración del consentimiento, como tampoco sobre la capacidad del sujeto para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio. No es competencia del perito el responder a estas cuestiones... Si esto no se cumple, el juez sería automáticamente un elemento superfluo (...). Una cosa es clarificar y determinar la condición psicológica-psiquiátrica o también física del sujeto, y otra cosa es decir que un individuo era o no era capaz de contraer matrimonio de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio. Al perito no se le deben poner cuestiones sobre el estado mental del contrayente bajo el aspecto jurídico; pues en tal caso el juez se ve obligado, de hecho, o a aceptar las respuestas del perito haciéndolas propias también contra su propia persuasión, o por el contrario, negar lo que el perito afirma, oponiendo así la ciencia del perito a la propia experiencia; evidentemente ninguna de las dos hipótesis puede ser admitida... El perito debe

ponder con arreglo a los preceptos de su propia técnica y ciencia a cada una de las cuestiones planteadas en el decreto del juez» (art. 209,3).

En el art. 210,2, se añade un requisito al que también debe responder el perito y que no precisa en c. 1578. Debe concretar también el perito «qué grado de certeza poseen sus conclusiones».

XVI. LAS PRESUNCIONES

En este punto sólo una matización o norma añadida a lo que dice el c. 1586. Éste prescribe que «el juez no debe formular presunción alguna que no esté establecida por el derecho, a no ser sobre un hecho cierto y determinado que tenga relación directa con lo que es objeto de la controversia». Y el párrafo segundo del art. 216 añade este inciso: «Análogamente, no debe formular presunciones discordantes de las elaboradas por la Jurisprudencia de la Rota Romana»²⁶.

XVII. LAS CAUSAS INCIDENTALES

Podemos decir que en este título VIII de las causas incidentales es, quizás, donde la Instrucción ha añadido más matizaciones o modalidades sobre lo que figura en el Código. Como vengo haciendo en toda la ponencia, me limitaré a exponer aquellos puntos de las causas incidentales que no figuran en los cánones respectivos.

La primera novedad consiste en dos principios: el primero es que «en las causas matrimoniales, habida cuenta de la naturaleza de la causa principal, no deben proponerse ni admitirse las causas incidentales con excesiva facilidad». El segundo es que, «si se admiten, deben definirse cuanto antes» (art. 218). Los dos principios son muy acertados en orden

llegar a indicar al juez eclesiástico las consecuencias destructivas que las anomalías ha producido sobre la facultad de la persona al entender, al querer, o a poner en ejecución: consecuencias, repetimos, que una semejante condición ha podido producir... Nosotros debemos saber exactamente qué consecuencias ha producido una específica disfunción en la capacidad de una persona para cumplir una obligación», M. F. POMPEDDA, «Dialogo e collaborazione tra giudici e periti nelle cause di nullità di matrimonio», en *Periodica*, 88 (1999), pp. 150-153.

26. Cfr. U. NAVARRETE, «Acta Tribunalium Sanctae Sedis. Supremum Tribunal Signaturae Apostolicae. Commentario al decreto della Segnatura Apostolica sulle cosiddette "Presumptions of fact"», en *Periodica*, 85 (1996), pp. 531 ss.

a la mejor tramitación de la causa evitando dilaciones inútiles. A veces, las causas incidentales se presentan con la finalidad de dilatar el proceso. Los dos principios vienen a cortar estos excesos. El primer principio se dirige a las partes para que no propongan estas causas con excesiva facilidad y al juez para que no las admita.

Las siguientes modalidades vienen a ser consecuencias de estos dos principios. Consecuente con el principio de no proponerse y no admitirse con excesiva facilidad, está lo preceptuado en el art. 220: «Si la petición no concierne a la causa o resulta manifiestamente falta de cualquier fundamento, el presidente o ponente puede rechazarla desde el primer momento, sin perjuicio del art. 221». No sería necesaria la intervención del colegio para este primer paso.

Este artículo explica lo que se debe hacer en caso de que la parte interesada o el defensor del vínculo interpongan recurso ante el colegio contra un decreto de mero trámite emitido por el ponente, el presidente o el auditor, para la tramitación de la causa principal. El recurso puede interponerse, dice la Instrucción, pero dentro de los diez días a partir de la fecha de la notificación del decreto; «en caso contrario, se estimará que las partes y el defensor del vínculo han aceptado el decreto». También era necesaria una norma que concretase el plazo concedido para estos recursos. Si el Código anterior no lo concretaba, es cierto que sí lo hacía la *Provida Mater* (art. 188).

Precisa el párrafo segundo que el recurso debe presentarse «ante el mismo autor del decreto, el cual, si estima no haber lugar a revocar éste, deberá someterlo sin dilación al colegio». El que dio el decreto puede revocarlo ante el recurso, pero si piensa mantenerlo, debe someterlo al colegio. De hecho, el recurso se interpone ante el colegio aunque se deba presentar ante el juez autor del decreto. Son todos ellos pasos que estaban sin poner en la norma y las actuaciones se podían prestar a confusión.

El art. 222 sigue exponiendo las diversas hipótesis que pueden darse en la resolución de la causa incidental y las soluciones a cada hipótesis. Suprime lo que dice el c. 1589 de resolver «con rapidez», pues ya se ha dicho que estas causas incidentales deben resolverse con rapidez. Y explica algo que el canon deja sin explicar. Dice el canon que «caso de admitirse la causa incidental, debe decidir el colegio si es tal su gravedad que deba resolverse por sentencia interlocutoria o por decreto». Se en-

tiende que, si hay gravedad, debe decidirse con sentencia interlocutoria. También aquí había confusión o desconocimiento. Las sentencias interlocutorias se emplean para asuntos de mayor gravedad. A veces, no actuaban así algunos jueces. El criterio para decidir estas cuestiones con sentencia interlocutoria o con decreto es el de gravedad de la cuestión. No es precisamente el que tenga fuerza de sentencia definitiva.

El art. 222 no se conforma con lo dicho en el canon y añade concretamente: «en caso de admitir la causa incidental, hay que decidir si se debe resolver observando íntegramente las formalidades del juicio, y por ende con la fórmula de dudas, o bien mediante memoriales, y en consecuencia, por decreto». Cuando se acude a la fórmula de dudas, es que la causa incidental es más complicada o grave.

El término resolver «con rapidez» que pone el canon y suprime el artículo en el párrafo primero, lo sitúa la Instrucción en el párrafo segundo del art. 222 y explica cómo se entiende ahora esta rapidez: «con exclusión de toda apelación y sin posibilidad de recurso alguno». Se refiere a la decisión tomada por el colegio. Una vez que el colegio decide sobre la causa incidental, no cabe ni apelación ni recurso.

El art. 223 se refiere a la intervención del promotor de justicia. Pueden solicitarla «la parte, el defensor del vínculo o bien de oficio». El criterio para solicitar esta intervención es «si la naturaleza o la dificultad de la cuestión incidental así lo aconsejan».

El art. 224 concreta las formalidades jurídicas que deben observarse si se resuelve la cuestión por sentencia. «Han de observarse los cánones 1658-1670 sobre el proceso canónico oral, salvo que el colegio estime otra cosa teniendo en cuenta la gravedad del asunto». Pero también aquí la Instrucción limita el principio y dice que en orden a lograr mayor rapidez en esta cuestión, el colegio podría «por decreto motivado, y sin detrimento de la justicia derogar las normas procesales indicadas en el párrafo primero cuyo cumplimiento no se requiere para la validez». El c. 1670 ya había establecido este principio para el proceso oral.

El art. 225 concreta qué debe hacerse si la cuestión se resuelve por decreto. Completa lo que falta al c. 1590,2 sobre lo que debe hacerse cuando la cuestión se resuelve por decreto: El canon dice: «Pero si debe resolverse por decreto, el tribunal puede encomendar la cuestión a un

auditor o al presidente». En cambio, el artículo mencionado añade: «Si la cuestión debe, en cambio, resolverse por decreto, ha de fijarse cuanto antes un plazo a las partes y al defensor del vínculo para que presenten sus razones en un breve escrito o memorial». Esto falta en el canon y es muy acertado lo añadido.

El c. 1591 prescribe que «Antes de terminar la causa principal, por una razón justa, el juez o el tribunal pueden revocar o reformar el decreto o la sentencia interlocutoria, tanto a instancia de parte como de oficio, después de oír a las partes». El art. 226 añade que también el defensor del vínculo puede pedir que se revoque la sentencia interlocutoria. Y en cuanto a oír a las partes, el artículo añade que también se oiga al defensor del vínculo. El artículo pone una excepción, según la cual, no se podría reformar la sentencia interlocutoria. Es el caso en el que se trata-se «de una sentencia con fuerza de definitiva».

El art. 227 prescribe que «si de la causa conoce el juez único, él mismo decide, con las adaptaciones oportunas».

El art. 228 aplica el principio del c. 1629,4 y afirma que «no cabe apelación contra la decisión, sin fuerza de sentencia definitiva, con la que se decida una causa incidental, a no ser que se acumule con la apelación contra la sentencia definitiva».

XVIII. LA PUBLICACIÓN DE LOS AUTOS

Es muy poco lo que la Instrucción añade o matiza sobre lo que dice el Código en este apartado. El art. 232 sí concreta algo que en cuanto a las partes y abogados no lo había hecho el Código y viene a ser una disposición congruente con lo establecido en el c. 1455,3. Dice, pues el mencionado artículo: «El juez, antes del examen de las actas, puede exigir que las partes juren o, en su caso, prometan no utilizar lo que averigüen a través de dicho examen sino para ejercer su legítimo derecho de defensa en el fuero canónico».

Y todavía concreta más el párrafo segundo del mismo artículo: «Si la parte rehúsa dicho juramento, o en su caso, dicha promesa, se entenderá que ha renunciado a la facultad de examinar las actas, a menos que una ley particular prescriba otra cosa».

Es una disposición dirigida a salvar las exigencias del secreto que se lleva en nuestro proceso, las consecuencias que se deben exigir en la prueba secreta y el derecho de defensa. Eran muy necesarias estas disposiciones. El Código en cuanto a las partes y sus abogados no las concretaba.

El art. 233 concreta dónde y cuándo debe realizarse el examen de las actas. Como principio general, dispone que sea «en la cancillería del tribunal que conoce la causa, dentro del plazo establecido en el decreto del juez». Y como excepción, añade en el párrafo segundo que «si la parte reside en lugar distante de la sede de dicho tribunal, la misma podrá examinar las actas en la sede del tribunal de su lugar de residencia o en otro lugar adecuado, con vistas a que su derecho de defensa no sufra menoscabo».

La excepción responde a la facilidad que se debe dar a las partes pleiteantes para que puedan examinar las actas evitándoles el mayor número de molestias.

Y el art. 234 dispone lo que se debe hacer cuando se trata de evitar «peligros gravísimos» que llevaría consigo el que las partes examinaran las actas o los mismos abogados. «Si el juez estima, para evitar gravísimos peligros, que algún acto no debe manifestarse a las partes, el mismo podrá ser examinado por los abogados de las partes, tras jurar o prometer éstos guardar secreto».

En estos casos sólo pueden examinar las actas los abogados, no las partes, y aquéllos prestando antes juramento o promesa de guardar secreto. La razón de todas estas disposiciones, muy convenientes, está en salvar el secreto y salvar también el derecho de defensa. El c. 1598,1 resuelve estos casos de evitar peligros gravísimos, diciendo que el juez «puede decretar que algún acto no sea manifestado a nadie». Sí añade que «teniendo cuidado de que siempre quede a salvo el derecho de defensa». Pero no concreta cómo puede quedar a salvo el derecho de defensa si no conocen los abogados el hecho que consta en los autos. Es lo que concreta la Instrucción en el art. 234.

El juez puede dar copias de los autos a los abogados que las pidan, dice el c. 1598. Pero no dice si éstos se las pueden entregar a otras personas o si solamente a las partes. El párrafo segundo del art. 235 lo dice con estas palabras: «Los abogados tienen la grave obligación de no entregar copia, ya sea integral o parcial, de las actas a terceros, sin exclusión de las partes».

Con esta prohibición no pueden alegar indefensión los abogados, como a veces se ha hecho. De hecho, no se les prohíbe que comenten con sus patrocinados las pruebas u otros puntos, lo que se les prohíbe es que den copias a las partes. La prohibición en cuanto a terceros está aún más justificada. Una pericia privada en la que el perito haya tenido los autos entregados por el abogado sería una prueba ilícita.

XIX. LA CONCLUSIÓN DE LA CAUSA

Pocas novedades o matizaciones en este punto. El art. 238 introduce una novedad. Se refiere a las facultades que tiene el juez para no dar el decreto de conclusión de la causa aun cuando las partes y el defensor del vínculo han dicho que no tienen más que aducir y no piensan presentar más pruebas. Pues bien, en este caso, dice el mencionado artículo, «el juez evitará dar el decreto de conclusión de la causa si estima que aún quedan elementos por investigar para que la causa pueda considerarse suficiente instruida. En este caso, el juez, una vez oído, si lo considera oportuno, al defensor del vínculo, ordenará se complete lo que falta».

La razón de esta norma es clara. En el proceso matrimonial se busca ante todo la verdad, porque son graves las consecuencias que se siguen de una sentencia en la que no se han tenido en cuenta elementos que podrían dar otro sentido a la misma.

XX. LA DISCUSIÓN DE LA CAUSA

Tampoco aquí encontramos puntos a exponer como matizaciones o novedades. Expresamente se dice que «al defensor del vínculo siempre se le debe reconocer su derecho a ser oído en último lugar». El Código solamente le concede el derecho «a replicar de nuevo a las respuestas de las partes» (c. 1603,3).

También se pone en norma expresa lo se venía practicando así: «Si dentro del plazo breve designado por el juez, el defensor del vínculo no realizara réplica alguna, se entiende que nada tiene que añadir a sus observaciones, por lo que puede proseguir la tramitación de la causa». Según esta disposición, el juez debe dar también al defensor del vínculo un plazo, al menos para el escrito de réplica. Es una medida dirigida a

conseguir que no haya retrasos en la tramitación de las causas. Era necesaria.

El art. 245,1 sí presenta alguna novedad. Referente a los descuidos que pueden tener las defensas al no presentar sus escritos dentro del plazo útil. Dice el artículo que las partes «deben ser informadas de ello e invitadas a proveer personalmente dentro del plazo determinado por el juez o mediante un nuevo abogado legítimamente constituido».

RESUMEN-ABSTRACT

La Instrucción *Dignitas connubii* confirma la posibilidad de que el juez pueda admitir una prueba surgida mientras desempeña su tarea de recoger las pruebas. La Instrucción impone también al juez el deber de evitar que se presente un número excesivo de testigos, y el juez puede no permitir que asistan los abogados a las declaraciones de los testigos y peritos cuando estime que debe procederse de forma secreta. En la recogida de pruebas se debe evitar cualquier tipo de fraude, colusión o corrupción. Otros aspectos que pueden destacarse en *Dignitas connubii* son que se concreta muy bien lo que debe entenderse por confesión judicial, y también se añaden matices de verdadero interés a propósito de la prueba preconstituida, de la prueba documental y de los peritos. En torno a las causas incidentales es donde la Instrucción añade el mayor número de precisiones. Son también de interés los matices sobre el examen de las actas, la conclusión de la causa y la discusión de la misma.

Palabras claves: *Dignitas connubii*, Proceso matrimonial.

The *Dignitas connubii* Instruction confirms the possibility that the judge may admit proof that appears while he is carrying out his labor of gathering proofs. The Instruction obliges the judge to avoid an excessive number of witnesses, and the judge may not permit the presence of the attorneys during the declarations of the witnesses and experts when he considers that the procedure should be held in secret. In the gathering of proofs, any type of fraud, collusion or corruption must be avoided. Other points emphasized in *Dignitas connubii* are that what is understood by judicial confession is very clearly defined, and that truly interesting nuances are added on the subject of pre-constituted proof, documentary proof and that of the expert witnesses. It is with reference to incidental causes that the Instruction adds the greatest number of precisions. Also of interest are the nuances on the examination of the acts, the conclusion of the case and the final discussion.

Keywords: *Dignitas connubii*, Matrimonial process.

Copyright of *Ius Canonicum* is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.